X.

Ueber die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio."

Von Herrn Dr. Ude,
Assessor an der braunschweigischen Kreisdirektion Holzminden.

Die verschiedenen Erscheinungsformen, in welchen die Unmöglichkeit der Leistung in obligatorischen Verhältnissen sich wirksam erweisen kann, sind so zahlreich und mannigfaltig, daß ein näheres Eingehen auf das Detail dieser Materie und verschiedene andere Lehren aus dem allgemeinen Theile des Obligationenrechts, welche damit im engsten Zusammenhange stehen, (wie z. B. die Lehre vom Irrthum, vom dolus, casus, dem Interesse, ꝛc. ꝛc.) leicht zur Ausfüllung eines Buches von ansehnlichem Umfange hinreichen würde. Es liegt nun nicht in dem Zwecke der gegenwärtigen Abhandlung, die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung in ihre einzelnen Details, wie sie meistens unter anderen Lehren aus dem allgemeinen Theile des Obligationenrechts, oder in den speciellen Vertragslehren abgehandelt zu werden pflegen, zu verfolgen; der nachstehende Aufsatz beschränkt sich nur darauf, die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und deren Einfluß auf das obligatorische Verhältniß von möglichst allgemeinen Gesichtspunkten und in strenger Abgrenzung von andern verwandten Lehren aus dem Obligationenrechte zu beleuchten. Zu diesem Zwecke genügt es, wenn wir die Unmöglichkeit der Leistung in ihrer zeitlichen Beziehung zu concreten Vertragsverhältnissen — als sogleich vorhandene und nachfolgende Unmöglichkeit —, einer nähern Betrachtung unterziehen, dabei die auf den Gegenstand der Obligation sich beziehende Unmöglichkeit (objective Unmöglichkeit) von derjenigen, deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners, oder in dessen Verhältnisse zu dem Gegenstande der Obligation liegt, (subjective Unmöglichkeit) absondern und bei Darstellung der objektiven Unmöglich-

keit der gewöhnlichen Eintheilung in eine natürliche oder physische und in eine rechtliche Unmöglichkeit folgen.[1])

A. Die sogleich vorhandene Unmöglichkeit.

I. Objective Unmöglichkeit.

1) Die natürliche oder physische Unmöglichkeit, mit welcher wir uns der obigen Anordnung zufolge zunächst zu beschäftigen haben, bezieht sich auf Handlungen, die in den Gesetzen der Natur ein unüberwindliches Hinderniß finden (quibus natura impedimento est), deren Bewirkung außer dem Bereiche menschlicher Kräfte liegt. Es ist dies diejenige Art der Unmöglichkeit, welche als die wirksamste und am nächsten liegende in den Quellen gewöhnlich an die Spitze gestellt wird.[2]) Eine solche physische Unmöglichkeit liegt z. B. vor, wenn das Object, dessen Leistung Inhalt eines Vertragsverhältnisses werden soll, nicht existirt. Die Nichtexistenz an und für sich ist für jenen Begriff entscheidend, und es macht keinen Unterschied, ob die versprochene Sache überhaupt nicht existiren kann, wie ein hippocentaurus, qui esse non potest (§ 1 I. de inut. stip. 3. 19 (20), l. 15. D. de contr. emt. 18. 1.), ob dieselbe nie existirt hat, oder ob eine einmal vorhanden gewesene Sache bereits untergegangen ist. Auch ist es für den Begriff der Nichtexistenz einerlei, ob dieselbe dem physischen oder rechtlichen Untergange einer Sache zuzuschreiben ist. Demnach ist wirkliche Specification, d. h. Umarbeitung des Stoffes in eine neue species rerum, Auflösung einer zusammengesetzten Sache in deren ursprüngliche Bestandtheile, untrennbare Verbindung einer

1) Einer weiteren Eintheilung der Unmöglichkeit nach Wirksamkeit, Dauer und Umfang (absolute und relative, dauernde und zeitweilige, völlige und theilweise), wie sie v. Savigny Oblig. R. I S. 383 und Mommsen, Beitr. z. Obl. R. I § 1 S. 3 ff. ihren Betrachtungen zum Grunde legen, bedarf es für unsere Zwecke nicht. Jene Arten der Unmöglichkeit werden indeß, soweit sie von vorwiegendem Interesse sein sollten, an geeigneter Stelle mit in Berücksichtigung gezogen werden.

2) L. 35 pr. D. de verb. oblig. 45. 1. Si, stipuler, ut id fiat, quod natura fieri non concedit; l. 34 § 1. D. de contr. emt. 18. 1: — quas vero (res) natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; § 1 I. de inut. stip. 3. 19 (20).

Sache mit dem selbstständigen Ganzen einer anderen dem zur Unmöglichkeit führenden interitus rei gleichzuachten.[3]) Von einem solchen natürlichen oder rechtlichen Untergange können indeß nur individuell bestimmte Sachen betroffen werden, während bei Obligationen auf fungibele Sachen oder nicht individualisirte genera der aus der eigenthümlichen Rechtsstellung dieser Sachen sich ergebende Satz zur Anwendung kommt: „genus perire non censetur."

Handelt es sich um Sachen, deren Existenz mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht, (spes, im Werden begriffene Sachen wie fructus pendentes, partus futuri), so muß lediglich der das Contractsverhältniß beherrschende Wille der Paciscenten über den Begriff der Unmöglichkeit entscheiden. Von der emtio spei, bei welcher schon die Hoffnung auf das Existentwerden eines Gegenstandes den Inhalt des Vertrags bildet und an und für sich und unabhängig von dem Eintritte des die Realisirung derselben bedingenden Ereignisses als etwas Mögliches, etwas zur Zeit des Contractsabschlusses schon Existirendes zu betrachten ist, gilt das eben Gesagte weniger. Leistungen von res speratae oder im Werden begriffenen Sachen dagegen sind nur dann als möglich zu betrachten, wenn der das Contractsverhältniß beherrschende Wille der Contrahenten dieselben als etwas Zukünftiges dem Vertragsverhältnisse untergelegt hat, m. a. W. die Zeit, als wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrags, von den Contrahenten mit einbedungen worden ist: die von diesen auf die Zukunft verstellte Leistung ist nämlich, Leistung und Zeit in wesentlicher Verbindung gedacht, etwas Mögliches, etwas

---

3) Als Beispiele eines solchen interitus rei werden in den Quellen angeführt: der Tod eines lebenden Wesens l. 14. § 1. D. depositi 16. 3., l. 23. D. de verb. oblig. 45. 1., l. 5 § 2 D. de rescind. vend. 18. 5., Verschüttung eines Grundstücks durch Erdfall l. 47 § ult. D. de leg. I. (30.), Auflösung eines Schiffes in seine Theile l. 98 § ult. D. de solut. 46. 3. Eine blos zeitweilige Trennung in der Absicht, das Ganze wieder herzustellen, schadet nicht, nur darf bei Gebäuden die Auseinandernahme nicht vollständig, usque ad aream erfolgen, l. 83. § 5 D. de verb. oblig. 45. 1.

der factischen Disposition der Paciscenten schon jetzt Unterworfenes. Der das Contractsverhältniß beherrschende Wille der Contrahenten braucht, wie überhaupt, so auch rücksichtlich der Frage: ob die Realisirung des Contractsverhältnisses auf die Zukunft verstellt sein solle, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, er kann auch aus concludenten Handlungen gefolgert werden, ja er wird stillschweigend präsumirt, wenn bei Leistungen, deren künftige Realisirung mit Sicherheit erwartet werden darf, das Gegentheil nicht ausdrücklich verabredet ist. Die Quellen sagen von solchen stillschweigend auf die Zukunft verstellten Versprechen:

> Tacite (stipulatio) tempus complectitur, — stipulatio ex re ipsa dilationem capit, — re ipsa habet tempus injectum.

Nach l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45. 1. soll z. B. das Versprechen einer bestimmten Quantität Wein, auch wenn wir dieselbe nicht vorräthig haben, deren Gewinnung aber von einer künftigen Ernte erwarten, gültig und wirksam sein; als Grund wird angeführt: vini autem non speciem sed genus stipulamur, et tacite in ea (stipulatione) tempus continetur.

Geht das Versprechen ohne weiteren Vorbehalt dahin, daß ein bestimmter Gegenstand an einem entfernten Orte geleistet werden solle, so gilt bei einem derartigen Versprechen nach l. 73 pr. D. eod. stillschweigend die Zeit mit einbedungen, welche der Promissar gebraucht, um an jenen entfernten Ort hinzugelangen. [4])

Derselbe Satz wird in etwas veränderter Form in § 5 I. de verb. oblig. 3. 15 (16) ausgesprochen:

---

4) L. 73. c. Die Stelle lautet: Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id, quod in utero sit, aut fructus futuros, aut domum aedificari stipulatus sit; tunc enim incipit actio, quum ea per rerum naturam praestari potest. Sic qui Carthagine dari stipulatur, quum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest. Item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint nec sint praestitae.

Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti: „Carthagine dare spondes?“ Quae stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus injectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.

Der Schluß der Stelle:

Et ideo si quis Romae ita stipuletur: „hodie Carthagine dare spondes?“ inutilis erit stipulatio, quum impossibilis sit repromissio;

hebt den Gegensatz zu einer solchen stillschweigend anzunehmenden Hinausschiebung der obligatio klar und deutlich hervor, indem sie die Annahme des entgegengesetzten Falles von einer ausdrücklichen Willenserklärung der Contrahenten abhängig macht. Daß im Werden begriffene Sachen, quae nondum sunt, futura tamen sunt, m. a. W. fructus pendentes Gegenstand von Obligationen werden können, hat demnach vorzugsweise darin seinen Grund, daß der präsumtive Wille der Paciscenten dieselben als etwas Zukünftiges dem Vertrage zum Grunde gelegt hat, nicht aber bloß darin, wie u. a. Sintenis Civilr. II. § 83 Nr. 2 vermeint, daß der Grund ihres Existentwerdens auf einer natürlichen Nothwendigkeit beruhet oder m. a. W. der im Keime vorhandenen Sache in unmerklichen und unwahrnehmbaren Atomen accrescirt. Würde ein derartiges Versprechen darauf gerichtet sein, daß die erst im Werden begriffene Sache, z. B. die noch im Keime schlummernde Frucht, der partus ineditus sofort und ohne Zulassung der zum Existentwerden des Gegenstandes erforderlichen Frist geleistet werden solle, so würde, wie in dem oben angeführten Beispiele hodie Carthagine dare spondes?, ein Fall der Unmöglichkeit anzunehmen sein. Verkaufe ich z. B. einem Andern im Monate April oder Mai die in meinem Garten wachsenden — vielleicht noch nicht einmal bis zum Stadium der Blüthe gelangten — Früchte mit der ausdrücklichen Abrede, daß dieselben sofort, zu einem am Verkaufstage stattfindenden Gastmahle geliefert werden sollen, so wird Niemand an die Möglichkeit einer derartigen Leistung und die Gültigkeit des darauf sich beziehenden Versprechens denken. Nach dem das

Contractsverhältniß beherrschenden Willen der Contrahenten, der in einem solchen Falle die zum Existentwerden erforderliche Zeit geradezu ausschließt, ist der Gegenstand eines derartigen Vertrags als unmöglich zu betrachten. Die l. 8 pr. D. de contr. emtione 18. 1.

> Nec emtio, nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi, et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, quum editus esset partus, iam tunc quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur;

steht jener Annahme nicht entgegen, besonders, wenn man nach dem von Paulus in l. 83 § 5 cit. bezüglich einer künftigen Weinernte gegebenen Andeutung in Betracht zieht, daß das Abwarten des Existentwerdens der fructus und der partus futuri, als in der unzweifelhaften Absicht der Contrahenten liegend, hier stillschweigend zu präsumiren ist — tacite tempus in ea (stipulatione) continetur. Nimmt man aber an, daß die im Werden begriffene Sache und die zu deren Existentwerden erforderliche Zeit als etwas Einheitliches und eng Verbundenes, den eigentlichen Inhalt der Obligation ausmacht, so können die Schlußworte der citirten Stelle, wonach die Perfection des Vertrags schon vom Momente des Contractsabschlusses anheben soll, nicht befremden. Nur daraus, daß solche Verträge über res speratae nach dem muthmaßlichen Willen der Paciscenten als betagte und in gewisser Weise auch als bedingte zu betrachten sind, erklärt sich die mit dem Existentwerden des Vertragsgegenstandes eintretende Gültigkeit derselben, nicht aber etwa aus der Annahme einer — der regula Catoniana zuwiderlaufenden — Convalescenz. [5])

5) Ein vollständiges Klagerecht entsteht in solchen Fällen erst mit dem Existentwerden der Sache, dasselbe leitet aber, wie bei bedingten Ansprüchen, seinen Ursprung aus dem in der Vergangenheit liegenden Vertrage her. L. 73 pr. D. de verb. oblig. 45. 1. tunc enim incipit actio, quum ea per rerum naturam praestari potest. Daß selbst der im Werden begriffenen Sache ein gewisser Vertragsschutz zu Theil wird l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1. sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse — folgt schon aus den gewöhnlichen Grundsätzen über (fingirte) Erfüllung von Bedingungen.

Ein ähnlicher Entscheidungsfall, obwohl er mehr dem Gebiete der subjectiven Unmöglichkeit angehört, findet sich in l. 58 § 1 D. locati 19. 2. Wenn eine Leistung, z. B. die Ausführung eines größeren Bauwerks, nothwendig einen gewissen Zeitraum voraussetzt, und dieser den Umständen nach zu kurz gegriffen ist, so soll er nach billigem Ermessen verlängert werden, so daß nur letzteres als Maßstab für eine etwaige Interessenforderung wegen Nichterfüllung angenommen wird. Bei dieser Entscheidung scheint Labeo von der Erwägung auszugehen, daß die zur Ausführung erforderliche Zeit unbedingt als einbedungen, das zu kurz gegriffene Zeitmaß aber nicht etwa als Bedingung der Gültigkeit des Vertrags, sondern nur der ohngefähren Bezeichnung wegen (demonstrationis causa) als beigefügt gelten müsse: quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non posset. Diese und die übrigen Entscheidungen drehen sich demnach nur um die bekannte Interpretationsregel: daß im Zweifel derjenige Sinn vorzuziehen ist, den der Handelnde mit seinem Ausdrucke verbunden haben muß, wenn er als ein vernünftiger Mann gehandelt hat, (l. 67 D. p. p. de reg. jur. 50. 17.) also derjenige, bei dem das Rechtsgeschäft bestehen kann (l. 12 D. de reb. dub. 34. 5., l. 80 D. de verb. oblig. 45. 1.); eine bestimmte Regel: daß ein der Zeit nach unmögliches Versprechen bei bonae fidei Contracten so behandelt werden solle, wie wenn keine Zeitbestimmung hinzugefügt wäre, bei Stipulationen aber Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge haben solle, möchte in den angeführten Stellen schwerlich zu finden sein.[6]) Aus denselben läßt sich vielmehr nur der Satz entnehmen: daß Sachen, deren künftige Existenz mit Sicherheit erwartet werden kann, imgleichen Leistungen, deren Ausführung einen längern oder kürzern Zeitraum in Anspruch nehmen, nur dann als möglich zu betrachten sind, wenn dieselben, was im Zweifel anzunehmen ist, als etwas Zukünftiges einem Vertragsverhältnisse zum Grunde gelegt werden.

Eine ähnliche Bewandtniß wie mit der Zeitbestimmung hat es auch mit der Bedingung. Der das Contractsverhältniß

---

6) Anderer Meinung ist Mommsen a. a. O. § 19. S. 219 220.

beherrschende Wille der Contrahenten kann durch Beifügung von Bedingungen die Wirksamkeit des Vertrags bis dahin suspendiren, daß der demselben zum Grunde zu legende Gegenstand zur Existenz gelangt, mithin möglich geworden ist. Dieser Erfolg läßt sich namentlich bei Gegenständen, deren Existentwerden mit Sicherheit erwartet werden kann, auf doppeltem Wege erreichen: entweder dadurch, daß geradezu die Bedingung des Möglichwerdens in den Vertrag aufgenommen wird, oder durch Beifügung irgend einer andern Bedingung, deren Eintritt voraussichtlich dem Zeitpunkte des Existentwerdens des betreffenden Vertragsgegenstandes nachfolgen wird, z. B. ich verkaufe Jemandem den in meinem Gehölze stehenden Rehbock unter der Bedingung, daß ich denselben erlegen werde, oder unter der Bedingung, daß es die nächsten acht Tage hindurch günstiges Wetter sein (nicht regnen) werde; ich gewinne auf diese Weise Zeit, dem Wilde nachzustellen und dasselbe zu erlegen. Bei Bedingungen dieser letzten Art kommt es, wie schon bemerkt, darauf an, ob das Existentwerden des Vertragsobjects dem Eintritte der betreffenden Bedingung zuvorgekommen ist. Dieser letzte Zeitpunkt ist allein entscheidend, indem er das bis dahin suspendirte obligatorische Verhältniß in's Leben ruft, mithin als der Zeitpunkt der entstehenden Obligation, welcher nach klaren Gesetzesstellen (l. 72 § 4 D. de solut. 46. 3., l. 83 § 3, l. 87, 98 pr. D. de verb. oblig. 45. 1.) über die Frage von der Möglichkeit entscheidend ist, betrachtet werden muß. Das Existentwerden der Sache, welche Inhalt eines obligatorischen Verhältnisses werden soll, gilt auch hier häufig kraft stillschweigender Voraussetzung in die Bedingung gestellt, namentlich bei solchen Dingen, deren Existentwerden nach den Gesetzen der Natur unzweifelhaft zu erwarten steht (l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1.)

Von vorwiegender Bedeutung ist nun aber die Frage von dem Einflusse der soeben begriffsmäßig festgestellten physischen oder natürlichen Unmöglichkeit auf das obligatorische Verhältniß. Darüber, daß Verträge über eine physisch unmögliche Leistung ohne alle Rücksicht auf eine desfallsige Kenntniß oder Unkenntniß der Parteien als ungültig zu betrachten sind,

herrscht in den Quellen eine große Uebereinstimmung. Auf diese Unwirksamkeit des Vertrags bezieht sich denn auch vorzugsweise die in l. 185 D. de reg. jur. 50. 17. gegebene Regel: „Impossibilium nulla obligatio." Zur Bezeichnung natürlich unmöglicher Leistungen, unter welchen vorzugsweise Sachen, die nicht existiren können (hippocentaurus), oder aufgehört haben zu existiren — todte Sclaven oder Thiere, durch Erdfall verschüttete Grundstücke —, aufgezählt werden, bedienen sich die Quellen gewöhnlich des Ausdrucks: quae dari non possunt. Sowohl in Beziehung auf Stipulationen als auch auf den Kaufcontract — mit welchen Contractsformen sich die Quellen vorzugsweise beschäftigen — wird ohne alle Einschränkung der Grundsatz ausgesprochen, daß dieselben über objectiv unmögliche Leistungen nicht gültig eingegangen werden können. [7])

In der l. 1 § 9. D. de oblig. et act. 44. 7., welche anscheinend anders entscheidet und allen übrigen Quellenaussprüchen zu widersprechen scheint, sind die Worte „inter eos, qui ignoraverint", nur von den concreten Umständen zu verstehen, unter welchen eine Obligation über eine nicht existirende Sache gewöhnlich zu Stande kommen wird, nicht aber von einer in abstracto bestehenden Regel. Zur Erläuterung seiner im Eingange des § 9 aufgestellten Regel geht Gajus mit den Worten: veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel aedes deustas esse auf spezielle Beispiele über, und nimmt, um dieselben recht anschaulich zu machen, den gewöhnlichen Fall an, daß die Contrahenten von dem erfolgten Untergange des Vertragsobjects keine Kenntniß gehabt haben.

Die Nichtigkeit des Vertrags, die im Falle natürlicher Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden muß, bedarf keiner abgesonderten Begründung, sondern ergibt sich schon aus der Natur der Sache, aus einer gewissen naturalis ratio, wie sich

---

7) Gajus III § 97., l. 1 § 9 D. de oblig. et act. 44. 7., l. 83 § 5 i. f. D. de verb. oblig. 45. 1., l. 103 D. eod., l. 35. pr. eod., l. 8 pr, l. 15 D. de hered. vend. 18. 4.

die l. 1 § 1 cit. ausdrückt. So wird denn auch in l. 31 D. de reg. jur. 50. 17.

> Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit,

die factische Unausführbarkeit als einziger Grund für die Ungültigkeit eines solchen Vertrags angeführt. Sehr treffend sagt hierüber Donellus comment. de jure civili XII. 20 §§ 1, 2 und 16, daß es schon dem gesunden Sinne widerstrebe, in solchen Fällen absoluter Unmöglichkeit an das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags zu denken, und daß es daher einer besondern desfallsigen Rechtsvorschrift überhaupt nicht bedürfe [8]; auch die Leistung der Aestimation könne einem derartigen Vertragsverhältnisse nicht zur wirksamen Grundlage dienen, da die Aestimation an und für sich und unabhängig von einer andern principalen Leistung zum Inhalte des Vertrags nicht gemacht worden sei.

Die Ungültigkeit der Obligation schließt jedoch nicht aus, daß andere außer dem Bereiche des Contractsverhältnisses liegende Verpflichtungsgründe vollgültige Verbindlichkeiten unter den Paciscenten hervorrufen können. Ganz besonders gilt dies von einer aus den factischen Grundlagen eines solchen unwirksamem Vertrags etwa zu begründenden actio doli. Ueber die Bedeutung und Ausdehnung dieser Klage, welche ganz den gewöhnlichen Grundsätzen unterliegt, und nicht, wie bei wirksamem Vertrage, auf das Interesse wegen unterbliebener Erfüllung, sondern lediglich, wie sich die Quellen ausdrücken, auf

8) Ergo si quis Stichum, aut bovem, qui mortuus sit, stipuletur, inutilis est stipulatio Supervacuum esset hoc monere, si tantum hoc diceretur, neminem ad hominem aut bovem mortuum dandum obligari, quia quod non est, dari non possit. Quis est enim qui id ignoret? ut profecto in eo non fuerit opus praeceptis juris — — Effectum est igitur iis rebus quae dari non possunt, in obligationem conventione deductis, ita inutilem esse ab initio conventionem, ut nihil ex ea causa possit deberi, id est neque res, quae promissa est inutiliter, neque aestimatio, quae promissa non est.

dasjenige quod interfuit creditoris, ne deciperetur gerichtet ist, wird bei Besprechung der rechtlichen Unmöglichkeit und deren Einflusses auf das obligatorische Verhältniß des Näheren die Rede sein. Des Zusammenhanges wegen wird hier die vorläufige Bemerkung genügen, daß schon die Bekanntschaft des Schuldners mit der Unmöglichkeit der Leistung oder eine unentschuldbare Unbekanntschaft desselben mit jenem Umstande zur Begründung einer actio doli gegen ihn für hinreichend gehalten wird, und daß endlich eine auf Seiten des Gläubigers anzunehmende scientia nur insofern von Einfluß ist, als dieselbe — in der Bedeutung eines compensabeln Gegendolus — einen dem Letzteren sonst zustehenden Anspruch auf Schadensersatz ausschließt.

2) Die rechtliche Unmöglichkeit, zu der wir uns jetzt wenden, bezieht sich auf die Leistung von solchen Sachen oder Rechten daran, welche entweder überhaupt nicht Gegenstand eines Privatrechtsverhältnisses sein können, oder auch nur in bestimmter Hinsicht der privatrechtlichen Verfügung entzogen sind. Abgesehen von denjenigen Fällen, welche zugleich unter den Gesichtspunkt einer individuellen Unmöglichkeit fallen — z. B. dem Versprechen von Sachen, deren Veräußerung durch besondere Rechtsvorschrift untersagt ist, oder die demjenigen bereits gehören, der einen Anspruch darauf erwerben will — nehmen in dieser zweiten Classe objectiver Unmöglichkeit die dem Verkehre entzogenen Sachen (die res extra commercium), denen in gewisser Beziehung auch der liber homo gleich gestellt wird, den vornehmsten Rang ein. Als Gegenstände dieser Art werden in den Quellen beispielsweise aufgezählt: die res sacrae, religiosae und publicae (quae usibus populi perpetuo expositae, usibus publicis relictae sunt), wie das forum, die basilica der campus Martius, selbst die kaiserlichen Krongüter: Sallustianus hortus, qui est Augusti, fundus Albanus, qui principalibus usibus deservit. Obwohl jener Rechtsbegriff bei uns durch die veränderten Verhältnisse im Einzelnen Modificationen und Abänderungen erlitten hat, so besteht derselbe doch im Wesentlichen ganz im Sinne der Römischen Auffassung fort.

Zu den dem Privatrechte gänzlich entzogenen Handlungen werden gewöhnlich auch solche gerechnet, welche Wirkungen hervorbringen sollen, die entweder dem Rechte fremd sind oder gar den Grundprincipien desselben zuwiderlaufen. Meistens wird ein anerkanntes Rechtsverhältniß, dem sie subsumirt werden könnten, überhaupt nicht existiren, oder sie werden mit demselben im Widerspruche stehen. Einen besondern Platz unter ihnen nehmen die verbotenen Handlungen ein, zu denen auch die unsittlichen und unschicklichen gehören. Die deßfallsigen Verbote sind theils allgemeine, indem sie überhaupt Verträge untersagen, die etwas Verbotenes, Unsittliches oder Unschickliches bezwecken, theils specielle, auf einzelne bestimmte Vertragsarten sich beziehende. Soll nicht der Begriff einer unsittlichen Handlung in das individuelle Ermessen des Einzelnen verstellt und dadurch zu einem sehr unsicheren und schwankenden werden, so kann nur die allgemeine Volksüberzeugung, die an sich schon geeignet ist, Rechtssätze zu erzeugen und dadurch die Handlungen der Einzelnen an gewisse feste Normen zu binden, den einzig sichern Maßstab dafür abgeben. Hinsichtlich derjenigen Handlungen, welche schon im Römischen Rechte als turpes und contra bonos mores bezeichnet wurden, läßt sich eine merkliche Abweichung unserer heutigen gemeinen Rechtsanschauung von der der Römer wohl nicht behaupten. 9)

Ob nun die durch Rechtsvorschrift verbotenen Handlungen den juristisch unmöglichen an die Seite zu stellen sind, wird von den Neueren mit Grund bezweifelt. 10) Nur das haben beide Arten von Handlungen mit einander gemein, daß Obligationen, denen eine unsittliche oder rechtswidrige Handlung

---

9) Sintenis Civilr. II § 83 Nr. 26 bemerkt sehr richtig: „In der Anwendung des Begriffs der Unsitttlichkeit auf gewisse Handlungen ist allerdings ein Wechsel der (allgemeinen) Ansichten hin und wieder möglich, so bei den Erbverträgen, die nach Römischem Rechte verboten, nach heutigem Rechte aber gültig sind, indessen hat diese Aenderung zugleich eine historische positive Grundlage.“

10) v. Savigny Oblig. R. II S. 383 ff. System III S. 169 ff. Mommsen a. a. O. § 1 S. 4. Puchta Pand. und Vorl. § 220.

zum Grunde gelegt werden soll, gleich denen, die auf eine unmögliche Handlung sich beziehen, in der Regel als unwirksam betrachtet werden. Beide Arten von Handlungen sind aber begriffsmäßig von einander verschieden, wie denn auch der Grund, aus welchem dieselben nicht zum Gegenstande einer Obligation gemacht werden können, bei jeder derselben ein anderer ist. Soll sich das Recht nicht herabwürdigen und mit sich selbst in Widersprnch gerathen, so kann das Unsittliche und Verbotene von demselben nicht gebilligt und geschützt werden, — ein Grund, der bei unmöglichen Handlungen selbstverständlich nicht zutrifft.

Auch rücksichtlich derjenigen Verträge, welche rechtlich unmögliche Leistungen zum Gegenstande haben, ist die Nichtigkeit des Vertrags als Regel anzunehmen. Ja, insofern solchen Verträgen nicht einmal die Bedingung des Möglichwerdens gültig beigefügt werden kann [11]), ist diese Nichtigkeit gewissermaßen eine noch wirksamere, als die durch physische Hindernisse hervorgerufene. Die Quellen enthalten verschiedene Stellen, in welchen die Ungültigkeit des Vertrags ohne Beschränkung ausgesprochen wird: l. 34 § 1 D. de contr. emt. 18. 1., § 2 I. de inut. stipul. 3. 19 (20.). Theorie und Praxis haben von jeher an diesem quellenmäßigen Satze mit entschiedenem Uebergewichte festgehalten.

Wie schon früher erwähnt worden, kann sich aber mit dem Vertrage, der an sich nichtig wäre, ein anderer obligatorischer Grund verbinden, welcher den Contrahenten zu einer andern möglichen Handlung, z. B. Leistung des Interesses, verpflichtet, so z. B. wenn er die Unmöglichkeit durch dolus verschuldet hat. Die Lehre von der Schadloshaltung wegen Arglist ist in den Quellen mit den Verträgen über unmögliche Leistungen in enge Verbindung gebracht; es finden sich unzweifelhafte Andeutungen, daß der an sich ungültige und un-

11) § 2 I. de inut. stip. 3. 19. (20.), l. 83. § 5 D. de verb. oblig. 45. 1. Den res extra commercium soll nicht der Character einer wandelbaren, veränderlichen Sache zukommen. Einzelne Bedingungen jener Art (z. B. si Stichus ex libero servus effectus sit) werden geradezu für unsittlich erklärt.

wirksame Vertrag unter Umständen wenn auch nur einseitige Verpflichtungen ex capite doli erzeugen solle. Zum besseren Verständnisse der betreffenden Quellenaussprüche ist ein näheres Eingehen auf die Lehre vom dolus und eine vergleichende Zusammenstellung der hier in Betracht kommenden Stellen des corpus juris mit besonderer Berücksichtigung der den Römischen Juristen eigenen Sprechweise nicht wohl zu umgehen. Da wir die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung vorzugsweise aus Stellen schöpfen, welche von der Stipulation und vom Kaufcontracte handeln, (T. D. de verb. oblig. 45. 1., de contr. emt. 18. 1.) so haben wir hier den dolus sowohl in seinem Verhältnisse zu stricti juris judiciis, als auch in seinen Beziehungen zu bonae fidei Contracten ausführlicher zu behandeln.

Bei den Stipulationen, ursprünglich reinen Formalacten, welche nur eine abgeschlossene, einseitige Verbindlichkeit erzeugen konnten, und bei denen weniger auf den eigentlichen Rechtsgehalt der Verhältnisse, als auf die äußere Uebereinstimmung der Erklärungen der Parteien gesehen wurde, konnte der auf den materiellen Rechtsbestand einwirkende dolus ursprünglich keine Berücksichtigung finden. Späterhin, als die Jurisprudenz jene rein formale Richtung verließ und sich mit der Erörterung des wirklichen Bestandes der Verhältnisse beschäftigte, mußte man sich nothwendig die Gründe, aus denen Stipulationen geleistet wurden, klar machen. Man mußte die Stipulation in Beziehung auf die Umstände, unter welchen sie vorkam, auffassen, und ihr danach einen nicht bloß aus der Geltung der Form folgenden Rechtscharakter zuschreiben. Fehlte es an einem solchen, so mußte man Schutzmittel gegen die Gültigkeit der Stipulation geben, und hier half denn das prätorische Recht durch die der Klagformel einzurückende exceptio doli (Gaj. IV. 116) und durch die besonders im Falle stattgehabter Erfüllung gegebene actio doli. Anders mußte sich jener Entwickelungsgang bei den bonae fidei Contracten gestalten, bei denen weniger auf die formelle Seite des Geschäfts, als auf den eigentlichen Rechtsgehalt desselben gesehen wurde. Der dolus fand bei denselben im weitesten Sinne Berücksichtigung; zum Schutze gegen denselben war nicht allein die schon ipso

jure zu berücksichtigende und deßhalb in die Klagformel nicht nothwendig aufzunehmende exceptio doli (l. 3 D. de resc. vend. 18. 5.), sondern auch im Falle stattgehabter Erfüllung die ganz nach den Grundsätzen der actio doli zu beurtheilende betreffende Contractsklage gegeben (l. 68 § 1, 2 D. de contr. emt. 18. 1.). Alle die Billigkeitssätze, welche mit der allmählichen Fortbildung des Rechts und nach den immer mehr zur Geltung kommenden Grundsätzen der aequitas für nöthig erachtet wurden, mochten dieselben aus selbstständigen Rechtsinstituten oder auch nur aus der praktischen Fortbildung des Rechts durch die schaffende Thätigkeit der Magistrate ihren Ursprung herleiten, gingen allmählich in das Gebiet der bonae fidei Contracte über. Die bonae fidei judicia wurden auf diese Weise ein Gemisch verschiedenartiger Rechtsstoffe, die ursprünglich einer anderen Rechtssphäre angehörten, aber als ein wesentliches Postulat der bona fides auf jene später übertragen waren. Es bestehen demnach die bonae fidei judicia aus primären, in dem Wesen des betreffenden Verhältnisses liegenden Bestandtheilen und aus fremden, dem Verhältnisse erst später hinzugetretenen Elementen. So z. B. geht die Klage aus dem Kaufcontracte zunächst nur auf wirkliche Erfüllung des Geschäfts — Tradition der Sache beziehungsweise Zahlung des Kaufpreises —, insoweit macht sich der primäre, in der Natur des Verhältnisses begründete Klagenstoff geltend.[12]) Aber auch andere Ansprüche, zu deren Realisirung ursprünglich be-

---

12) Auch in den Quellen wird auf diese Scheidung auf unzweideutige Weise hingedeutet: l. 11 § 1, 2 D. de act. emt. et vend. 19, 1., l. 6 § 1 D. de contr. emt. 18, 1. In der ersten Stelle Et inprimis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est — — — Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, wird deutlich gesagt, daß der obligatorische Kern des Kaufgeschäfts zunächst nur in dem tradere von Seiten des Verkäufers und in dem Zahlen des Kaufpreises von der andern Seite bestehe, die in dem judicio emti sonst enthaltenen Ansprüche mithin auf einem andern Klagenstoffe beruhen müssen. Die zweite Stelle sucht die Contractsklage für den Fall zu rechtfertigen, daß selbst der Kauf in Folge eines pacti adjecti rückgängig gemacht wird.

sondere Rechtsmittel eingeführt waren, so namentlich Ansprüche ex capite doli, aus dem ädilitischen Edicte 2c., konnten mit der Klage aus dem Kaufcontracte geltend gemacht werden. Es läßt sich dies so ausdrücken, daß in den gedachten bonae fidei judiciis in abstracto auch die actio doli, redhibitoria, quanti minoris mit enthalten sei. (Doli causa judicio emti venditi inest, redhibitio quoque emti venditi judicio continetur. l. 11 § 3 D. de act. emt. vend. 19. 1.) Diese verschiedenen Bestandtheile, welche sich in dem judicio emti, wie in allen bonae fidei judiciis vereinigen, behaupten ihre vollständige Unabhängigkeit und können sich deßhalb selbst dann noch wirksam erweisen, wenn das judicium emti rücksichtlich seines ursprünglichen Klagenstoffes ohne Effect bleiben sollte. So z. B. kann die actio emti oder venditi rein als actio doli in Betracht kommen und als solche einseitige Verbindlichkeiten hervorbringen, ungeachtet der Vertrag in der Hauptsache als unwirksam zu betrachten ist. Die Quellen haben auch entsprechende Terminologieen für ein derartiges Klagerecht, welches nicht in der Hauptsache, sondern nur ex capite doli oder aus anderen in den bonae fidei Contracten mit enthaltenen Nebenklaggründen gültig und wirksam erscheint. Sie sagen in solchen Fällen: emtionem non tenere, venditionem non subsistere, non stare, d. h. es kann nicht auf Contractserfüllung, insbesondere auf factische Uebergabe des Kaufobjects geklagt werden. So z. B. sagt Modestin in der späterhin noch näher zu betrachtenden l. 62 D. de contr. emt. 18. 1.

> Qui nesciens loca sacra, vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Es wird in dieser Stelle deutlich ausgesprochen, daß der Kaufvertrag in der Hauptsache, soweit er die Erfüllung der beiderseitigen Verbindlichkeiten betreffe, unverbindlich erscheine (licet emtio non teneat), daß aber dessenungeachtet ein judicium emti in der Bedeutung einer nur dem Käufer zustehenden actio doli als stattnehmig zu betrachten sei. Dasselbe

wird in etwas anderer Form ausgesprochen in l. 57 § 1. D. eodem.

> Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emtori quod interest restituere.

Hiernach soll sich das judicium emti in dem Falle, daß nur die Hälfte des verkauften Gebäudes oder ein noch geringerer Theil abgebrannt ist, und der Verkäufer allein es gewußt hat, nach beiden Richtungen hin wirksam erweisen, und zwar rücksichtlich des noch gebliebenen Theils des Gebäudes als reine auf Erfüllung gehende Contractsklage (et stare venditionem), rücksichtlich des durch Brand untergegangenen Gebäudetheils aber als ein dem Käufer zustehender Anspruch auf Schadensersatz (Preisminderung). Der §. 2. l. c.

> Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et hic enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit, non repeti;

enthält dieselben Bestimmungen zum Nachtheile des Käufers, wenn nur dieser mit jenen factischen Verhältnissen bekannt gewesen ist; das judicium emti venditi begreift in diesem Falle nicht allein den Anspruch auf factische Uebergabe des noch vorhandenen Gebäudetheils (die actio emti venditi in sensu stricto); sondern auch einen Anspruch auf Ersatz des durch das contractswidrige Verhalten des Käufers veranlaßten Schadens (die im judicio emti mitenthaltene actio beziehungsweise exceptio doli.): der Käufer soll nämlich zur Strafe für seinen dolus den vollen Kaufpreis zahlen. Am allerdeutlichsten ergibt sich aber die vorerwähnte Scheidung der verschiedenen concurrirenden Klagenstoffe aus dem § 3 des citirten Fragments:

> Quod si uterque sciebat et emtor et venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum

fuisse, dolo intèr utramque partem compensando, et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, venditionem stare non concedente.

Haben beide Contrahenten um den totalen oder partiellen Untergang des verkauften Hauses gewußt, so soll sich das judicium emti nach keiner Richtung hin gültig und wirksam erweisen, weder als remedium ex capite doli, weil der dem einen Contrahenten zur Last fallende dolus sich mit der der Gegenpartei beizumessenden Arglist compensire (dolo inter utramque partem compensando), noch als eigentliche auf Erfüllung gehende Contractsklage, weil es dem Begriffe eines bonae fidei judicium zuwiderlaufe, daß ein von beiden Seiten arglistig eingegangenes Rechtsgeschäft wirklich zum Vollzuge komme.

Im Obigen glaube ich demnach nachgewiesen zu haben, daß das judicium emti venditi schon an und für sich, wie jedes andere bonae fidei judicium, die auf der einen oder anderen Seite erwachsenden Verbindlichkeiten ex capite doli (actio, exceptio doli) in sich begreift, ja daß die Contractsklage in vielen Fällen einzig und allein als eine nur unter einem anderen Namen eingeführte actio doli anzusehen ist, so daß es recht gut vorkommen kann, daß die Contractsklage nur einem der betheiligten Contrahenten (und zwar dem durch dolus verletzten) zusteht, dem anderen aber versagt ist, und daß dabei ein Anspruch der betheiligten Contrahenten auf wirkliche Vollziehung des Geschäfts, also die Contractsklage in ihrer ursprünglichen stricten Bedeutung ausgeschlossen bleibt. Die obige Behauptung findet denn auch in der allgemeinen Lehre von dem dolus malus, wie sie insbesondere in T. D. de dolo malo 4. 3. enthalten ist, ihre hinreichende Begründung. Die actio doli, welche nach klaren Quellenaussprüchen auf der Voraussetzung beruht, daß es an gelindern Mitteln zur Geltendmachung eines erlittenen Schadens fehle, ist als eine dem Ehrenstande leicht nachtheilige — infamirende — und mit vielen andern Härten verbundene Klage nur auf Fälle eines dringenden Bedürfnisses beschränkt; sie gilt, wenigstens

dem Namen nach, als ausgeschlossen, wenn die Betheiligten in ein, gleichviel ob wirksames oder unwirksames obligatorisches Verhältniß mit einander getreten sind; dieses wenngleich unwirksame obligatorische Verhältniß wird wenigstens für hinreichend gehalten, die aus den factischen Grundlagen desselben etwa zu begründende actio doli in das freundlichere und gefälligere Gewand der Contractsklage einzukleiden.[13])

Es kann demnach vorkommen, daß bei einem der Hauptsache nach unverbindlichen Kaufgeschäfte (emtio, quae non stat, non tenet,) nur dem hintergangenen Käufer oder Verkäufer die betreffende Contractsklage mit der Wirkung einer actio doli gegeben, oder über den in dolo versirenden Gegencontrahenten ein bestimmter Nachtheil verhängt wird, z. B. Verlust einer sonst zuständigen Klage, des Kaufpreises auf Seiten des Käufers. Ist der aus einem unverbindlichen Vertrage resultirende Anspruch auf Schadensersatz ein wechselseitiger, so wird dem dolus im judicio emti venditi sehr häufig in der Weise Rechnung getragen, daß jene Ansprüche auf beiden Seiten wie durch Compensation als aufgehoben betrachtet werden.[14]) Daß der dolus bei den bonae fidei judiciis auf die verschiedenartigste Weise in Berücksichtigung gezogen wird und bei sonst unwirksamem Vertrage einseitige Verbindlichkeiten auf Schadensersatz zur Folge haben kann, ergibt sich aus einer Mehrzahl von Entscheidungsfällen, von denen hier nur beispielsweise folgende aufgeführt werden mögen: Bei erfolgtem partiellen Untergange des Kaufobjects bildet nach l. 57 D. de

---

13) Cfr. l. 6 § 8., l. 11 § 16, l. 13 pr., § 4 D., de action. emti vend. 19. 1. Häufig wird auch statt der actio de dolo eine actio in factum gegeben.

L. 6 § 8 cit. — nam et dolum malum eo judicio aestimari oportet, ut id quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor, emtori praestari oporteat.

L. 11 § 16 cit. — Dolum plane venditor praestabit — — tenebitur ex emto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.

L. 13 § 4 cit. Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, — — emti eum judicio teneri.

14) Ja, es wird in den Quellen sogar von einer purgatio doli gesprochen: l. 13 § 14 D. de act. emt. vend. 19. 1.

contr. emt. 18. 1. nur der dolus des einen oder andern Contrahenten, die Bekanntschaft desselben mit jenem entscheidenden Ereignisse, die Hauptgrundlage der Entscheidung. Hat nur der Verkäufer um den partiellen Untergang des verkauften Hauses gewußt, so haftet er seinem gutgläubigen Käufer auf das id quod interest: ist dagegen nur der Käufer mit dem Untergange bekannt gewesen, so soll er zur Strafe für seinen dolus den vollen Kaufpreis zahlen; sind beide Contrahenten in bösem Glauben gewesen, so soll sich ihr gegenseitiger dolus compensiren und der Handel ungültig sein. — Die Motive für diese Entscheidungen ergeben sich deutlich und klar aus den im Schlusse jener Stelle gebrauchten Worten: Quodsi uterque sciebat — dolo ex utraque parte veniente — dolo inter utramque partem compensando. Gleiche Grundsätze gelten bei Verträgen über fremde Sachen. Wer fremde Sachen verkauft oder vermiethet, haftet dem andern Contrahenten mit der Contractsklage wegen Eviction; nur wer wissentlich über fremde Sachen contrahirt, hat — als Strafe für seinen dolus — diese Klage auf Schadensersatz nicht: hat der Verkäufer um jene Eigenschaft der Sache gewußt, so kann er wegen des ihm zur Last fallenden dolus sofort auf das Interesse belangt werden: l. 30 § 1 D. de act. emt. vend. 19. 1.

> — quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam, ignoranti vendiderit.

In Beziehung auf Verträge über gestohlene Sachen entscheidet die l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1., daß, wenn beide Theile die Furtivität der Sache kannten, auf keiner Seite eine obligatorische Verbindlichkeit entstehen (der dolus sich compensiren) solle, daß, wenn nur der Käufer mit jenem vitium der Sache bekannt gewesen, der Verkäufer zur Lieferung der verkauften Sache nicht verpflichtet, aber auch seinerseits zur Geltendmachung der ihm vertragsmäßig zugesicherten Rechte erst nach vorgängiger Erfüllung der ihm obliegenden Vertragsverbindlichkeiten berechtigt sein solle, und daß endlich, wenn nur der Verkäufer mit jener Eigenschaft der Sache bekannt gewesen, auf beider Seite Contractsverbindlichkeiten erwachsen

sollen. Es werden also den Contrahenten, je nach der Gestaltung des bei dem fraglichen Rechtsgeschäfte concurrirenden dolus bald einseitige bald zweiseitige Haftverbindlichkeiten auferlegt — a neutra parte obligatio contrahitur — non obligabitur venditor — utrimque obligatio contrahitur. Der wichtigste Fall, der uns zugleich wieder auf den eigentlichen Gegenstand unserer gegenwärtigen Betrachtung zurückführt, ist der der l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

> Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus, ne deciperetur.

Hier wird deutlich gesagt, daß Verträge über res extra commercium der Hauptsache nach — soweit sie auf Erfüllung gehen — unverbindlich seien, daß jedoch der Käufer zur Anstellung der actio emti auf Schadensersatz berechtigt erscheine, wenn er, ohne mit jener Eigenschaft der Sache bekannt gewesen zu sein, zur Eingehung des Vertrags vom Verkäufer verleitet worden sei. Die citirte Stelle spricht sich über die hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse auf's Vollständigste und Deutlichste aus, indem sie vorschreibt, daß a) der Vertrag an und für sich, sofern er auf wirkliche Erfüllung, insbesondere auf factische Uebergabe des Kaufobjects gerichtet gewesen, unverbindlich sei — emtionem non tenere —, b) dem getäuschten Käufer indeß die actio emti mit der Wirkung der actio doli zustehe, und c) diese Klage auf Schadensersatz nicht etwa — wie bei wirksamen Verträgen — auf das Interesse wegen Nichterfüllung, sondern auf dasjenige gerichtet sei quod interfuit emtoris ne deciperetur. Es ergibt sich aus dem fraglichen Fragmente auf das Unzweideutigste, daß die Contractsklage im Fragefalle nur die Bedeutung einer actio doli haben solle, m. a. W. nicht auf den Ersatz des durch die Nichterfüllung, sondern des durch die Täuschung veranlaßten Schadens angestellt werden könne.[15]

15) Aehnliche Entscheidungen finden sich im l. 13. D. de act. emt. vend. 19. 1. — si quidem sciens, praestare debebit, quanti emtoris

Neuere Schriftsteller, wie v. Savigny, Sintenis und Mommsen, tragen freilich Bedenken, einen eigentlichen Betrug des Verkäufers in der Stelle anzunehmen, weil aus dem Gebrauche des Wortes „decipi“ ein sicherer Schluß auf einen dolus des Verkäufers nicht gezogen werden könne;[16]) allein schon die Erwägung, daß jene Entscheidung des Modestin lediglich auf der im Fragefalle angenommenen nescientia des Käufers und der hier unzweifelhaft zu subintelligirenden scientia des Verkäufers beruht, (während die auf eine Nebenfrage zu beziehenden Worte „ne deciperetur“ für die Entscheidung der Sache selbst nicht in Betracht kommen), und daß eine solche Bekanntschaft mit gewissen factischen Hindernissen dem betheiligten Contrahenten schon an und für sich als dolus angerechnet werden soll,[17]) läßt hier über die Annahme eines aus der scientia des Verkäufers herzuleitenden Betrugs keinen Zweifel.[18])

---

interfuit, non decipi. § 5 I. de emt. 3. 23. — quod sua interest, deceptum non esse.

16) v. Savigny System III 288, Obl. R. II 291, Sintenis Civ. R. II § 88 Nr. 2, Mommsen l. c. S. 122.

17) L. 13 § 14 D. de act. emt. vend. 19. 1. — — Si quidem sciens vendidit — quia dolo fecit; l. 57 § 3 D. de contr. emt. 18. 1. — quodsi uterque sciebat — dolo inter utramque partem compensando.

L. 30 § 1. D. de act. emt. vend. 19. 1. — — quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens — — vendiderit.

L. 11 § 16 D. de act emt. vend. 19. 1. Sed etsi non repromiserit, sciens tamen — vendiderit, tenebitur ex emto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.

L. 13. pr. eod. Qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione — si vero sciens reticuit et emtorem decepit.

18) Mag das Wort „decipere“ häufig in den Quellen nur gebraucht werden, um das Getäuschtsein einer Person zu bezeichnen, ohne daß dabei eine auf die Täuschung gerichtete Absicht eines Andern irgendwie vorausgesetzt wird, so lassen es doch Stellen, welche ex professo vom dolus handeln, wie z. B. l. 1 § 2 D. de dolo malo 4. 3 nicht zweifelhaft, daß das Wort „decipere“ vorzugsweise in dem Sinne einer betrüglichen Täuschung gebraucht wird.

Legen wir die eben beleuchtete l. 62 § 1 als den fraglichen Gegenstand in allen Beziehungen erschöpfend unseren ferneren Betrachtungen zum Grunde, so werden sich auch die scheinbaren Widersprüche, die man in anderen Stellen der Justinianischen Rechtssammlung zu finden glaubte, in völlig befriedigender Weise auflösen. Der in jener l. 62 ausgesprochene Cardinalsatz, daß ein Vertrag über eine res extra commercium der Hauptsache nach ungültig sei (emtionem non tenere, nullam venditionem esse), findet sich z. B. auch, ohne daß dabei auf die Nebenfrage wegen etwaiger Verpflichtungen ex dolo eingegangen wird, ausgesprochen in l. 34 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

> Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est.

Mit der Andeutung, daß die scientia des einen oder anderen Theils Verpflichtungen ex capite doli hervorrufen könne, wird die Nichtigkeit solcher Verträge sanctionirt in l. 1 C. de sepulcr. viol. 9. 19.

> Res religioni destinatas, quin immo jam religionis effectas, scientes qui contigerint, et emere, et distrahere non dubitaverint: tametsi jure venditio non subsistat, laesae tamen religionis inciderunt in crimen.

Die Worte „scientes emere et distrahere“ sind disjunctiv zu verstehen: es sollen einseitige Verpflichtungen auf Schadensersatz entstehen, je nachdem wissentlich gekauft oder verkauft ist. — Dieselben Sätze enthält ferner l. 8 § 1 D. de religios. 11. 7.

> Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.

Hier nimmt Ulpian an, daß nur der Verkäufer beim Abschlusse des Contracts in dolo gewesen sei; auch bezeichnet derselbe die dem getäuschten Käufer zustehende Contractsklage ge-

radezu als eine — die Stelle der actio doli sehr häufig vertretende — actio in factum. Die l. 22, 23 und 24 D. de contr. emt. 18. 1.

> Hanc legem venditionis, si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit, nullam esse emtionem.
>
> et quod solverit eo nomine, emtor condicere potest.
>
> In modicis autem ex emto esse actionem: quia non specialiter locus sacer vel religiosus veniit, sed emtioni majoris partis accessit;

behandeln in etwas anderer Weise den ganz analogen Fall der l. 57 D. de contrah. emt. 18. 1. Der Sinn jener Stellen ist nämlich etwa folgender: Ist die Totalität des Verkaufsgegenstandes (oder die größere Hälfte desselben) extra commercium, so ist jeder Anspruch auf Erfüllung und namentlich auf factische Uebergabe des Kaufobjects ausgeschlossen (nullam esse venditionem); ist nur ein Theil (weniger als die Hälfte) des verkauften Gegenstandes extra commercium, so kann allerdings mit der actio emti auf factische Uebergabe des dem Verkehre nicht entzogenen Theils der Sache geklagt werden. In dem letzten Falle ist dem Käufer auch nach Analogie der l. 57 cit. § 1 ein Anspruch auf Schadensersatz (Preisminderung) gegeben, wenn nicht etwa der Verkäufer den Vorbehalt gemacht hat, für einen solchen Ausfall an der Sache nicht garantiren zu wollen.[19])

---

19) Die Stelle behandelt offenbar den ganz analogen Fall zu l 57 D. h. t. Gleichwie hier der Ausfall am Kaufobjecte auf physische Nichtexistenz sich gründet, beruht derselbe im vorliegenden Falle gewissermaßen auf rechtlicher Nichtexistenz (der Eigenschaft der Sache als res extra commercium). In beiden Fällen wirkt denn auch der Umstand, ob der Untergang des Kaufobjects ein totaler oder ein partieller ist, und ob derselbe im letzteren Falle mehr als die Hälfte desselben ergriffen hat, auf die Beurtheilung des Rechtspunkts ein. Die Richtigkeit dieser letzten Annahme ergibt sich namentlich aus den Worten: in modicis — sed emtioni majoris partis accessit. Ueberhaupt wird in den vorliegenden

Außerdem gibt es eine Reihe von Stellen, welche, die Unverbindlichkeit eines solchen Vertrags stillschweigend voraussetzend, nur die Frage behandeln, ob und unter welcher Voraussetzung dem einen oder andern Contrahenten ein Anspruch auf Schadensersatz zuzugestehen und resp. abzusprechen sei. Hierher wird namentlich der Fall gerechnet, wenn der Käufer die Eigenschaft der Sache als extra commercium gekannt hat. Die ihm sonst im Falle einer erlittenen Täuschung zustehende actio emti wird ihm für diesen Fall zur Strafe für seinen dolus (weil er particeps fraudis ist, der gegenseitige dolus sich compensirt) abgesprochen. Vollständig und deutlich, jedoch in umgekehrter Reihenfolge, wird dies ausgesprochen in § 5. I. de emt. 3. 23.

> Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quae tamen, si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse.

Kaufe ich eine res extra commercium, die von meinem Verkäufer für sein privatives Eigenthum ausgegeben wird, so haftet mir dieser mit der actio emti — als actio doli — auf Schadensersatz; diese Klage fällt jedoch zur Strafe für meinen dolus weg, wenn ich ebenfalls um jene Eigenschaft der Sache gewußt habe. Völlig deutlich, aber nur etwas fragmentarisch und kurz, wird die Frage von der einseitigen Haftpflicht ex capite doli erörtert in l. 4., 5—6. D. de contr. emt. 18. 1.

> Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur; quia difficile dignosci potest liber homo a servo.
>
> Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse: nec cujusquam rei, si scias alie-

---

drei Stellen die Regel der l. 57 cit. nur unvollständig (soweit es für die Entscheidung des concreten Falls erforderlich war) zur Anwendung gebracht.

nationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.

Ein Kaufgeschäft über einen freien Menschen oder eine res extra commercium soll hiernach unwirksam sein (quia haberi non potest); es sollen daraus aber unter Umständen einseitige Klagansprüche für den Käufer erwachsen können (emtio intelligetur), diese Ansprüche aber wesentlich dadurch bedingt sein, daß der Käufer nicht mit jener Eigenschaft der Sache bekannt gewesen ist. Es könnten hier nun noch eine Mehrzahl von Stellen angeführt werden, die sich bei gehöriger Würdigung der oben gegebenen sprachlichen Andeutungen und einer der obigen Darstellung entsprechenden Ausspinnung des oft sehr abgerissenen und ungeordneten Gedankenganges lediglich aus der soeben besprochenen Concurrenz verschiedenartiger Klagenstoffe erklären; wir lassen indeß jene Stellen hier bei Seite, weil sich dieselben auf singuläre Verhältnisse (den Verkauf freier Menschen) beziehen und deßhalb hier nicht zu allgemeiner Norm dienen können.[20]) Die in den Quellen scheinbar vorkommenden Widersprüche lassen sich demnach bei einer logischen Ausspinnung des in den allegirten Beweisstellen sehr häufig unterbrochenen Gedankenganges und bei gehöriger Würdigung der oft sehr nachlässigen und ungenauen Sprechweise der Römischen Juristen in die nachfolgenden Sätze auflösen:

a) Verträge, welche eine res extra commercium oder Rechte an derselben zum Gegenstande haben, sind ungültig und unwirksam und können deßhalb weder eine Klage auf wirkliche

---

20) Cfr. Mommsen a. a. O. S. 125 ff., Göschen, Vorlesungen II, 2. § 179. Der Verkauf eines freien Menschen wird unter Umständen für gültig erklärt, d. h. es findet eine Verpflichtung zur Evictionsleistung statt: l. 39 § 3 D. de evict. 21. 2. Diese Verbindlichkeit fällt aber im Falle der scientia des Käufers weg: l. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Liberum hominem scientes emere non possumus. Also auch hier ein Fall, wo ein sonst begründeter Anspruch auf Schadensersatz durch die (gewissermaßen als compensabler Gegendolus in Betracht kommende) scientia des Käufers ausgeschlossen wird.

Erfüllung noch einen Anspruch auf Leistung des Interesses erzeugen.

b) Mit dem Vertrage, der an und für sich nichtig ist, kann sich unter Umständen ein anderer obligatorischer Grund verbinden, welcher den Contrahenten zu einer andern möglichen Leistung (z. B. Schadensersatz) verpflichtet. Ganz besonders gilt dies von dem Falle eines dem Schuldner bei Eingehung des Vertrags beizumessenden Betrugs.

c) Dem Schuldner wird es schon als dolus angerechnet, wenn er bei Eingehung des Vertrags mit der die Gültigkeit des Vertrags hindernden Eigenschaft der Sache bekannt gewesen ist.

d) Ebenso kommt die Bekanntschaft des Gläubigers mit jenem Hindernisse gewissermaßen als compensabeler Gegendolus, insofern in Betracht, als dadurch ein sonst etwa begründeter Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen wird.[21])

Es ergibt sich hieraus, daß es der Annahme einer nach singulären Grundsätzen zu beurtheilenden Entschädigungsklage im Fragefalle nicht bedarf, und daß nicht etwa die Unbekanntschaft des Gläubigers mit jenem Hindernisse als wesentliche Voraussetzung des oben gedachten Klagerechts, vielmehr die Bekanntschaft desselben mit der gedachten Eigenschaft der Sache als ein dem letzteren entgegenstehender Ausschließungsgrund in Betracht kommt.[22])

21) Diese Bekanntschaft wird in vielen Fällen, z. B. bei Verträgen über solche res extra commercium, die notorisch diese Eigenschaft haben, oder über Gegenstände, an deren Existenz kein vernünftiger Mensch glauben wird (hippocentaurus), eines besondern Nachweises nicht bedürfen: l. 15 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit.

22) Daß hier der error oder vielmehr die ignorantia des Gläubigers nicht als selbstständiger Verpflichtungsgrund in Bezug genommen werden kann, hat v. Savigny Oblig. R. II S. 289 überzeugend dargethan. — Uebrigens sind die Ansichten über die obigen Fragen sehr getheilt. Eine Zusammenstellung derselben findet sich bei Mommsen a. a. O. § 13. S. 118. Note 1.

(Schluß folgt im nächsten Hefte.)